



Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät

**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

# Kapitalgesellschaftsrecht

Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)

Wintersemester 2020/2021

## Einheit 7: Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung (Teil 2/2)



Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Rechtswissenschaftliche Fakultät



## Übersicht zur heutigen Veranstaltung

- „Piercing the Corporate Veil“
  - I. Einführung
  - II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft
  - III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft



# Hinweis auf ein zusätzliches Lehrangebot

---

## Die GmbH & Co. KG

**Dr. Hauke Thilo**

Rechtsanwalt und Notar bei Brock Müller Ziegenbein in Kiel

**Vertiefung des Pflichtfachstoffs** zur KG und GmbH, insbesondere für Studierende ab dem 5. Fachsemester.

Verblockt am **28.1.2022** von 9:00 bis 18:00 Uhr und am **29.1.2022** von 9:00 bis 17:30 Uhr

Ort wird gesondert bekanntgegeben.

Zur Vorbereitung der Veranstaltung wird eine **Anmeldung per E-Mail** erbeten an [Anja.Seligmann@bmz-recht.de](mailto:Anja.Seligmann@bmz-recht.de).



## I. Einführung

- Ab der Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister haftet den Gesellschaftsgläubigern für ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft gemäß **§ 1 I 2 AktG** bzw. **§ 13 II GmbHG** nur (noch) das Gesellschaftsvermögen.
- Die für das Personengesellschaftsrecht typische **unmittelbare persönliche Haftung der Gesellschafter** mit ihrem gesamten Privatvermögen (§ 128 Satz 1 HGB) ist dem **Kapitalgesellschaftsrecht fremd**.
- Die (berechtigte) Erwartung der Gesellschaftsgläubiger, dass ihnen das Grund- bzw. Stammkapital als „**Haftungsfonds**“ zur Verfügung steht, wird primär durch die **Prinzipien der Kapitalaufbringung** (Einheit 6) und **Kapitalerhaltung** (Einheiten 3 & 4) gewährleistet.
- Diese Prinzipien gewährleisten aber keinen umfassenden Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Daher bedarf es ergänzender Rechte.
- Dabei sind **zwei Zeitphasen** zu unterscheiden, nämlich (1) vor Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister (sogleich II.) und (2) danach (unter III.).



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 1. Einleitung

- Für die Vor-Gesellschaft bestimmen **§ 41 I 1 AktG** und **§ 11 I GmbHG**, dass die AG bzw. GmbH vor der Eintragung in das Handelsregister „**als solche**“ nicht bestehen.
- Ergänzt wird diese Negation durch die sog. **Handelndenhaftung** in **§ 41 I 2 AktG** und **§ 11 II GmbHG**, wonach diejenigen, die im Namen der (Vor-)Gesellschaft handeln, persönlich haften.
- Der Handelndenhaftung ist – quasi als Vorstufe – das Gebot immanent, vor Eintragung der Gesellschaft nicht in ihrem Namen zu handeln.
- Bei dem Erlass dieses **umfassenden Vorbelastungsverbots** hat der historische Gesetzgeber verkannt, dass Vorbelastungen, d. h. die Begründung von Verbindlichkeiten der Vor-Gesellschaft, wirtschaftlich sinnvoll oder sogar notwendig sein können. Dies zeigt sich z. B. bei der Annahme von Sacheinlagen, die einer laufenden Instandhaltung bedürfen.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 1. Einleitung

Die **Korrektur** der gesetzgeberischen Fehlvorstellung erfolgt **in zwei Schritten**:

#### (1) Vor-Gesellschaft als eigenes Rechtssubjekt

- Die Vor-Gesellschaft ist zwar nicht die Kapitalgesellschaft „als solche“ (§ 41 I 1 AktG, § 11 I GmbHG), ist aber ein **eigenes Rechtssubjekt**.
- Diese **Rechtsfähigkeit** ist entsprechend der Natur der Vor-Gesellschaft als notwendiges Durchgangsstadium bei der Errichtung der Kapitalgesellschaft **zweckgebunden begrenzt**. Sie besteht nur für die Geschäfte, die für die Vollendung der Errichtung der Kapitalgesellschaft erforderlich sind (z. B. Eröffnung eines Konto, Eintragung in das Grundbuch).

#### (2) Abkehr vom umfassenden Vorbelastungsverbot

- Das Erfordernis, die Einlagen zur „freien Verfügung“ des Vorstands (§ 54 III 1 AktG) bzw. der Geschäftsführer (§ 8 II 1 GmbHG) zu leisten, lässt erkennen, dass der **Vorstand** bzw. die **Geschäftsführer** für die Vor-Gesellschaft handeln können und dürfen.
- Ihre **Vertretungsmacht** ist allerdings im Unterschied zu der Phase nach der Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister (§§ 78 I 1, 82 I AktG, §§ 35 I, 37 II 1 GmbHG) **nicht unbegrenzt**, sondern auf Rechtsgeschäfte beschränkt, die der **Vollendung der Errichtung** dienen.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Haftung der Gesellschafter

#### a) Einleitung

- Das umfassende Verbot der Vorbelastung sollte **zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger** sicherstellen, dass die im Gründungsstadium geleisteten Einlagen nicht durch **wirtschaftlich nachteilige Geschäfte** gemindert werden.
- M.a.W.: Der **Haftungsfond** (bestehend aus den geleisteten Einlagen und den noch nicht erfüllten Einlageforderungen) sollte den Gesellschaftsgläubigern **ungemindert** zur Verfügung stehen.
- An diesem **Ziel** hat sich durch die Aufgabe des umfassenden Verbots der Vorbelastung **nichts geändert**. Zeugnis hierfür sind die bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister abzugebenden Erklärungen nach **§ 36 II AktG** bzw. **§ 8 II 1 GmbHG**.
- Das **Ziel** wird lediglich **anderweitig sichergestellt**, nämlich durch zwei ungeschriebene, von der Rechtsprechung entwickelte Haftungskonzepte:
  - (1) Verlustdeckungshaftung
  - (2) Unterbilanzhaftung



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Haftung der Gesellschafter

#### b) Verlustdeckungshaftung

- Die Verlustdeckungshaftung ist die notwendige Konsequenz aus der Erlaubnis der Vorbelastung.
- Sie ist zwar weder im AktG noch im GmbHG ausdrücklich geregelt. Ihre **Rechtsgrundlage** findet sie in der **Mitgliedschaft**.
- Der Anspruch hat **zwei Voraussetzungen**, die sich aus dem Begriffsbestandteil „Verlustdeckung“ ergeben:
  - (1) **Endgültiges Scheitern der Eintragung**
  - (2) **Verlust**



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Haftung der Gesellschafter

#### b) Verlustdeckungshaftung

##### (1) Endgültiges Scheitern der Eintragung

- Wird die Kapitalgesellschaft **in das Handelsregister eingetragen**, geht das Vermögen der Vor-Gesellschaft *ipso iure* (d. h. ohne umwandlungsrechtlichen Akt) auf die Kapitalgesellschaft über. Ein **ggf. vorhandener Verlust** ist also **nur vorübergehend**, da er durch **operative Gewinne** ausgeglichen werden kann.
- **Endgültig** und damit von den Gründern bzw. Gesellschaftern zu decken ist der **Verlust** aus der Gründungsphase hingegen dann, wenn die **Eintragung** der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister **scheitert** (z. B. weil die Gesellschafter ihre Eintragungsabsicht aufgegeben haben), also kein operativer Gewinn erzielt werden kann.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Haftung der Gesellschafter

#### b) Verlustdeckungshaftung

##### (2) Verlust

- Ursächlich für einen Verlust der Vor-Gesellschaft sind ihre Verbindlichkeiten. Für sie haftet den Gläubigern **analog § 1 I 2 AktG bzw. § 13 II GmbHG** nur das Vermögen der Vor-Gesellschaft.
- Diejenigen, die mit einer Vor-Gesellschaft kontrahieren, vertrauen auf die Errichtung der Kapitalgesellschaft. Sie dürfen daher die (vollständige) Aufbringung des Grund- bzw. Stammkapitals erwarten.
- Dieser „Haftungsfonds“ soll ihnen zur Verfügung stehen und ggf. im Insolvenzverfahren – die Vor-Gesellschaft ist als juristische Person nach **§ 11 I 1 InsO** insolvenzrechtsfähig – verteilt werden.
- Nach diesem Zweck der Verlustdeckungshaftung besteht ein durch die Gründer bzw. Gesellschafter zu deckender **Verlust**, wenn und soweit das **Grund- bzw. Stammkapital** das **(Netto-)Vermögen der Vor-Gesellschaft** übersteigt.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Haftung der Gesellschafter

#### b) Verlustdeckungshaftung

##### (3) Rechtsfolge

- Da den Gläubigern der Vor-Gesellschaft für ihre Verbindlichkeiten analog § 1 I 2 AktG bzw. § 13 II GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen haftet, ist die Verlustdeckungshaftung **keine (unmittelbare) Außenhaftung** der Gründer bzw. Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.
- Entsprechend der Rechtsgrundlage des Anspruchs (Mitgliedschaft, s. o.) ist die Verlustdeckungshaftung eine **(Binnen-)Haftung** der Gründer bzw. Gesellschafter gegenüber der Vor-Gesellschaft.
- Der **Umfang der Haftung** entspricht der Höhe des Verlusts. Diese Summe wird **pro rata nach Maßgabe der Kapitalbeteiligung** auf die Gründer bzw. Gesellschafter aufgeteilt.
- Der jeweilige Haftungsbetrag ist **in das Gesellschaftsvermögen** zu leisten.
- Soweit ein Gesellschafter nicht leistet, trifft die übrigen Gesellschafter einer **GmbH** eine **Ausfallhaftung analog § 24 GmbHG**. Bei der **AG** lehnt die h. M. eine vergleichbare Ausfallhaftung bislang ab (str.).



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Haftung der Gesellschafter

#### b) Verlustdeckungshaftung

##### (3) Rechtsfolge

- Da den Gläubigern der Vor-Gesellschaft für ihre Verbindlichkeiten analog § 1 I 2 AktG bzw. § 13 II GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen haftet, ist die Verlustdeckungshaftung **keine (unmittelbare) Außenhaftung** der Gründer bzw. Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.
- Entsprechend der Rechtsgrundlage des Anspruchs (Mitgliedschaft, s. o.) ist die Verlustdeckungshaftung eine **(Binnen-)Haftung** der Gründer bzw. Gesellschafter gegenüber der Vor-Gesellschaft.
- Der **Umfang der Haftung entspricht dem Kapitalbedarf** nach Maßgabe der Kapitalbeschränkung.
- Der jeweilige Haftungsbetrag ist **unbegrenzt**.
- Soweit ein Gesellschafter nicht in der Lage ist, die Verlustdeckungshaftung zu leisten, besteht eine **Ausfallhaftung analog § 24 C AktG**. Diese Ausfallhaftung ist bislang ab (str.).

Solange das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Vor-Gesellschaft (noch) nicht eröffnet ist, können die Gläubiger die Ansprüche aus der Verlustdeckungshaftung **pfänden** und sich **zur Einziehung überweisen** lassen (§§ 829, 835 I Alt. 1 ZPO). Die sodann mögliche **Einziehungsklage** führt mittelbar zu einer Außenhaftung der Gründer bzw. Gesellschafter.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Haftung der Gesellschafter

#### c) Unterbilanzhaftung

- Zur Wiederholung: Eine **Unterbilanz** besteht, wenn das **Nettovermögen** (= Aktiva ./ Verbindlichkeiten ./ Rückstellungen) das **gezeichnete Kapital** (§ 152 I 1 AktG, § 42 I GmbHG) unterschreitet.
- Mit der Eintragung der Kapitalgesellschaft als solcher geht das Vermögen der Vor-Gesellschaft (Aktiva und Passiva) *ipso iure* (d. h. ohne umwandlungsrechtlichen Akt) auf sie über.
- Da das Bestehen einer Unterbilanz **kein Eintragungshindernis** ist, entsteht die Kapitalgesellschaft mit einer anfänglichen Unterbilanz.
- In dieser Situation besteht das gleiche **Ziel** wie bei der Verlustdeckungshaftung, nämlich dass das gezeichnete Kapital („Haftungsfond“) den Gesellschaftsgläubigern ungemindert zur Verfügung steht. Dies lässt erkennen, dass sich die Unterbilanzhaftung **nur situativ von der Verlustdeckungshaftung unterscheidet**, nämlich dadurch, dass die Kapitalgesellschaft **in das Handelsregister eingetragen** worden ist.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Haftung der Gesellschafter

#### c) Unterbilanzhaftung

- **Rechtsgrundlage** der Unterbilanzhaftung ist also – wie bei der Verlustdeckungshaftung (s. o.) – die **Mitgliedschaft**.
- Der Anspruch besteht unter **zwei Voraussetzungen**:
  - (1) Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister
  - (2) (Fort-)Bestehen einer Unterbilanz
- Die **Rechtsfolgen** entsprechen denen der Verlustdeckungshaftung:
  - Die Unterbilanzhaftung ist **keine (unmittelbare) Außenhaftung** der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern eine **(Binnen-)Haftung** der Gesellschafter gegenüber der Kapitalgesellschaft.
  - Den **Umfang der Haftung** bestimmt das Ausmaß der Unterbilanz. Diese Summe wird **pro rata nach Maßgabe der Kapitalbeteiligung** auf die Gesellschafter aufgeteilt.
  - Der jeweilige Haftungsbetrag ist **in das Gesellschaftsvermögen** zu leisten.
  - Soweit ein Gesellschafter nicht leistet, trifft die übrigen Gesellschafter einer **GmbH** eine **Ausfallhaftung analog § 24 GmbHG**. Bei der **AG** lehnt die h. M. eine vergleichbare Ausfallhaftung bislang ab (str.).



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 3. Haftung der Handelnden

#### a) Normativer Ausgangspunkt

- Anspruchsgrundlage der sog. Handelndenhaftung ist **§ 41 I 2 AktG** bzw. **§ 11 II GmbHG**.
- Die **Rechtsfolgen** unterscheiden sich erheblich von denen der Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung:
  - Es handelt sich um eine unmittelbare persönliche (**Außen-Haftung des Handelnden** gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger).
  - Die Haftungsschuld ist **akzessorisch**, d. h. ihr Umfang wird durch den Inhalt der **Verbindlichkeit der Vor-Gesellschaft** bestimmt.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 3. Haftung der Handelnden

#### b) Voraussetzungen und Auslegungsmaxime

- Die § 41 I 2 AktG und § 11 II GmbHG enthalten übereinstimmend **zwei Voraussetzungen**:
  - (1) Handeln vor Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister
  - (2) Handeln im Namen der Gesellschaft
- In Anbetracht der Tatsache, dass die Aufgabe des umfassenden Vorbelastungsverbots durch die **Verlustdeckungs- und Unterbilanzhaftung** ausgeglichen wird, ist eine extensive Anwendung der Handelndenhaftung zum **Schutz der Gesellschaftsgläubiger** nicht (mehr) erforderlich. Der Tatbestand wird daher **restriktiv ausgelegt**.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 3. Haftung der Handelnden

#### b) Voraussetzungen und Auslegungsmaxime

- Die § 41 I 2 AktG und § 11 II GmbHG enthalten übereinstimmend **zwei Voraussetzungen:**
  - (1) Handeln vor Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister
  - (2) Handeln im Namen der Gesellschaft

Die **Eintragung der Gesellschaft** in das Handelsregister begrenzt nicht nur den Zeitraum für haftungsbegründende Handlungen, sondern lässt auch eine **zuvor begründete Handelndenhaftung erlöschen**. Fortan haftet den Gesellschaftsgläubigern nur noch das Gesellschaftsvermögen (§ 1 I 2 AktG, § 13 II GmbHG).

Aufgabe des umfassenden Vorbelastungs- und Unterbilanzhaftung auswendig der Handelndenhaftung zum nicht (mehr) erforderlich. Der Tatbestand.



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 3. Haftung der Handelnden

#### c) Handeln im Namen der Gesellschaft

- Handeln „im Namen der Gesellschaft“ ist – im Einklang mit den §§ 164 ff. BGB nur **rechtsgeschäftliches Handeln**, in erster Linie als rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten der Vor-Gesellschaft.
- Die „**Gesellschaft**“, in deren Namen gehandelt werden muss, ist die **künftige Kapitalgesellschaft**, also die AG oder GmbH.
- Aufgrund der Akzessorietät (s. o.) ist die Handelndenhaftung auf Handlungen begrenzt, die die Vor-Gesellschaft verpflichten, also **mit Vertretungsmacht** vorgenommen werden.
  - Dies sind in erster Linie Handlungen der organschaftlichen Vertreter, also der **Vorstandsmitglieder** (§ 78 I 1, II 1 AktG) und der **Geschäftsführer** (§ 35 I 1, II 1 GmbHG).
  - **Kein Handelnder** i.S.d. § 41 I 2 AktG bzw. § 11 II GmbHG ist hingegen der **Prokurrenz**. Ursächlich hierfür ist, dass die Vor-Gesellschaft kein Formkaufmann ist und daher grds. keine Prokura erteilen kann (vgl. § 48 I HGB).



## II. Vor Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 3. Haftung der Handelnden

#### c) Handeln im Namen der Gesellschaft

- Handeln „im Namen der Gesellschaft“ **rechtsgeschäftliches Handeln**, in ersten bindlichkeiten der Vor-Gesellschaft.
- Die „**Gesellschaft**“, in deren Namen gehandelt wird, ist die **künftige Kapitalgesellschaft**, also die AG oder GmbH.
- Aufgrund der Akzessorietät (s. o.) ist die Handelnden Haftung auf Handlungen begrenzt, die die Vor-Gesellschaft verpflichten, also **mit Verbindlichkeitsmacht** vorgenommen werden.
  - Dies sind in erster Linie Handlungen der organschaftlichen Vertreter, also der **Vorstandsmitglieder** (§ 78 I 1, II 1 AktG) und der **Geschäftsführer** (§ 35 I 1, II 1 GmbHG).
  - **Kein Handelnder** i.S.d. § 41 I 2 AktG bzw. § 11 II GmbHG ist hingegen der **Prokurst**. Ursächlich hierfür ist, dass die Vor-Gesellschaft kein Formkaufmann ist und daher grds. keine Prokura erteilen kann (vgl. § 48 I HGB).

Die Haftung der **Handelnden** besteht – im **Gegensatz** zu der Kommanditistenhaftung nach § 176 I 1 HGB – unabhängig davon, ob die Gesellschafter dem Beginn der Geschäfte zugestimmt haben.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 1. Grundsatz

- Mit der Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister haftet den Gesellschaftsgläubigern – gleichgültig, ob es sich um Alt-Gläubiger aus der Gründungsphase oder Neu-Gläubiger handelt – gemäß **§ 1 I 2 AktG** bzw. **§ 13 II GmbHG** nur das Gesellschaftsvermögen.
- Aus der damit einhergehenden Tatsache, dass die Gesellschafter – im Gegensatz zum Personengesellschaftsrecht (§ 128 Satz 1 HGB) – **keiner unmittelbaren persönlichen Außenhaftung** unterliegen, ergeben sich **zwei Grundsätze**:
  - (1) Es ist zwischen dem **Gesellschaftsvermögen** der AG bzw. GmbH und dem **Privatvermögen** der Gesellschafter zu unterscheiden.
  - (2) Die **Gläubiger der Kapitalgesellschaft** können nur auf das Gesellschaftsvermögen, die (persönlichen) **Gläubiger der Gesellschafter** nur auf deren Privatvermögen zugreifen.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### a) Einleitung

- Die Frage, ob und in welchen Konstellationen trotz § 1 I 2 AktG bzw. § 13 II GmbHG **ausnahmsweise** eine **unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter** gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in Betracht kommt, wird unter dem aus dem anglo-amerikanischen Recht stammenden Schlagwort „**piercing the corporate veil**“ diskutiert.
- Praktisch besonders bedeutsam ist sie bei **Ein-Personen-Gesellschaften** (§ 2 AktG, § 1 GmbHG), da hier die (abstrakte) Gefahr von Vermögensverschiebungen besonders erhöht ist.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### b) Besondere Anspruchsgrundlagen

- Die Regelungen in § 1 I 2 AktG und § 13 II GmbHG schließen nur die für das Personengesellschaftsrecht typische akzessorische persönliche Außenhaftung der Gesellschafter **für Verbindlichkeiten der Gesellschaft** aus.
- Eine persönliche Haftung aus anderem Rechtsgrund ist (selbstverständlich) nicht ausgeschlossen. Dies gilt z. B. für:
  - **vertragliche Ansprüche** aus Bürgschaft, Garantie und Schuldbeitritt;
  - die gesetzliche Haftung als **Vertreter ohne Vertretungsmacht** (§ 179 I BGB);
  - den Anspruch aufgrund besonderem Vertrauens im Zusammenhang mit der **Vertragsanbahnung** (§ 280 I i.V.m. §§ 311 II, III, 241 II BGB);
  - besondere **deliktische Ansprüche** nach § 823 II BGB i.V.m. §§ 399 ff. AktG bzw. §§ 82 ff. GmbHG.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

- Ist keine besondere Anspruchsgrundlage erfüllt, rückt ein Anspruch aus **§ 826 BGB** in den Fokus.
- Hierfür muss die Voraussetzung der **vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung** präzisiert werden.
- Hierzu sind in der rechtswissenschaftlichen Literatur im Wesentlichen drei sog. **Durchgriffstheorien** entwickelt worden.
  - (1) Die **Trennungstheorie** lehnt die unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter *ausnahmslos* ab. In Betracht käme allenfalls eine Innenhaftung analog § 93 II 1 AktG bzw. § 43 II GmbHG, wenn ein Gesellschafter, ohne Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer zu sein, maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehme.
  - (2) Die **Missbrauchstheorie** lässt eine unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter nur zu, wenn die juristische Person *absichtlich* zu anderen als von der Rechtsordnung vorgesehenen Zwecken missbraucht wird.
  - (3) Von der Missbrauchstheorie unterscheidet sich die **Normwendungstheorie** insbesondere dadurch, dass sie keine Missbrauchsabsicht voraussetzt, sondern der juristischen Person *per se* nur insoweit Beachtung beimisst, als diese (objektiv) zu legitimen Zwecken eingesetzt wird.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

- Die **Rechtsprechung** hat sich bislang keiner der sog. Durchgriffs-theorien angeschlossen, sondern entscheidet unter Betonung der **Billigkeit im Einzelfall**.
- Dies hindert nicht daran die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle zu systematisieren.
- Sie können in **drei Fallgruppen** eingeteilt werden:
  - (1) Vermögensvermischung
  - (2) Unterkapitalisierung
  - (3) Existenzvernichtung



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (1) Vermögensvermischung

- Dieser Fallgruppe ist eine Ausprägung des allgemeinen Rechtssatzes ***venire contra factum proprium***.
- Die Begrenzung der Haftung nach § 1 I 2 AktG und § 13 II GmbHG impliziert, dass das **Gesellschaftsvermögen** von dem **Privatvermögen** der Gesellschafter **getrennt** ist.
- Grundlage dieser Trennung ist eine ordnungsgemäße Buchführung, die nach **§ 325 I 1 Nr. 1 HGB** für jedermann **offenzulegen** ist.
- Bei **einzelnen Fehlern** in der Buchführung ist diese zwar nicht ordnungsgemäß, also gesetzeswidrig. Aber nicht jede fehlerhafte Buchführung, die offengelegt wird, ist eine sittenwidrige Schädigung der Gläubiger der Gesellschaft.
- Eine **sittenwidrige Schädigung** der Gläubiger der Gesellschaft ist vielmehr erst dann anzunehmen, wenn die Trennung der Vermögensmassen durch eine **undurchsichtige Buchführung** so sehr verschleiert wird, dass die Einhaltung der **Vorschriften über die Kapitalerhaltung** (§§ 57 I, III, 71 ff. AktG, §§ 30 ff. GmbHG) **unkontrollierbar** geworden ist.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (1) Vermögensvermischung

- Die Buchführung obliegt dem **Vorstand** (§ 91 I AktG) bzw. den **Geschäftsführern** (§ 41 GmbHG).
- Daher haftet ein **Gesellschafter** nach § 826 BGB nur dann unmittelbar und persönlich, wenn
  - (1) er **tatsächlich Einfluss** auf die Buchführung genommen hat oder
  - (2) er persönlich – den Gesellschaftern stehen die in § 89 III 1 AktG genannten Personen gleich – von der Vermischung der Vermögensmassen **profitiert**.
- Ein (gesondertes) **Verschulden ist nicht erforderlich**.
- Diese persönliche Haftung der Gesellschafter nach § 826 BGB ist **der Höhe nach unbegrenzt**.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (2) Unterkapitalisierung

- Der Begriff der Unterkapitalisierung ist **betriebswirtschaftlichen Ursprungs**.
- Gefragt wird, ob das vorhandene Kapital für den Betrieb des konkreten Unternehmens ausreichend ist.
- Diese Fallgruppe bereitet **zwei Schwierigkeiten**:
  - (1) Zum einen kann die im Einzelfall angemessene Kapitalausstattung **betriebswirtschaftlich** kaum bestimmt werden. Hinzu kommt die ***hindsight bias* des Gerichts**.
  - (2) Zum anderen bestimmt sowohl das AktG als auch das GmbHG **nur ein Mindestgrund- bzw. -stammkapital**. Eine Angemessenheitsprüfung findet (z. B. bei der Gründung) gerade nicht statt.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (2) Unterkapitalisierung

Beispiel: BGHZ 176, 204 ff. – Gamma

- Die A-KG gerät in eine **finanzielle Krise** und muss Arbeitnehmer entlassen.
- Um die Auswirkungen abzufedern, wird mit dem Betriebsrat ein Sozialplan vereinbart (§§ 111 ff. BetrVG), der u. a. die Ausgliederung der Arbeitsverhältnisse in eine **Auffanggesellschaft** – die BQ Gamma GmbH – vorsieht.
- **Einige Gesellschafterin** der BQ Gamma GmbH wird die A-KG.
- Die BQ Gamma GmbH wird (nur) mit dem **Mindeststammkapital von 25.000 Euro** ausgestattet.
- Die für die Bezahlung der Arbeitnehmer (Übergangsgelder etc.) erforderliche (höhere) Liquidität soll fortwährend durch **Darlehen der A-KG** hergestellt werden.
- Als die A-KG in eine (weitere) Krise gerät, gewährt sie der BQ Gamma GmbH keine weiteren Darlehen, so dass letztere ihre Zahlungen alsbald einstellen muss.
- **Haftet die A-KG den Arbeitnehmern nach § 826 BGB?**



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (2) Unterkapitalisierung

Beispiel: BGHZ 176, 204 ff. – Gamma:

**Lösungshinweise:**

- Hat die A-KG ihre ehemaligen Arbeitnehmer dadurch vorsätzlich sittenwidrig geschädigt, dass sie die BQ Gamma GmbH mit einem **unzureichenden Stammkapital** gegründet hat?
- Prämisse: Ein gesetzeswidriges Handeln ist nicht notwendig sittenwidrig, aber ein **sittenwidriges Verhalten ist regelmäßig auch gesetzeswidrig**. War das Handeln der A-KG zumindest gesetzeswidrig?
- Das GmbHG enthält neben dem **Mindeststammkapital** (§ 5 I GmbHG) keine Vorgaben über die Höhe der Kapitalausstattung. Insbesondere wird auf eine Relation zwischen dem Unternehmen und der Kapitalausstattung verzichtet. M.a.W.: Eine Unterkapitalisierung ist nicht gesetzeswidrig.
- Aber: Stellt eine **offensichtliche Unterkapitalisierung** eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung der Arbeitnehmer dar?



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (3) Existenzvernichtung

- In der **Insolvenz** der Kapitalgesellschaft sind die Forderungen der Gläubiger **vorrangig** vor der Rückgewähr der Einlagen an die Gesellschafter, **§ 199 Satz 1 InsO**.
- Dieser Vorrang bringt zum Ausdruck, dass die Gläubiger nur das **wirtschaftliche Risiko des Unternehmens** tragen sollen, nicht aber das Risiko, dass die Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen in einer Krise „plündern“. Vor letzterer Gefahr werden die Gläubiger grds. durch die **Vorschriften über die Kapitalerhaltung** geschützt (Einheit 3 & 4).
- Im **faktischen Konzern** ergeben sich jedoch Schutzlücken, da das herrschende Unternehmen seinen Einfluss nach **§ 311 I AktG** auch dazu nutzen darf, das abhängige Unternehmen zu nachteiligen Rechtsgeschäften zu veranlassen, sofern die Nachteile ausgeglichen werden.
- Ob ein Geschäft nachteilig ist, wird (im Gegensatz zum Schaden) nicht *ex post*, sondern **im Zeitpunkt der Vornahme** beurteilt. Daher können z. B. Spekulationsgeschäfte neutral sein, also ohne (Nachteils-)Ausgleich veranlasst werden.
- Die **wirtschaftliche Frage** lautet: Wird auf Kosten der (vorrangigen) Gesellschaftsgläubiger spekuliert?



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (3) Existenzvernichtung

- Seit der grundlegenden Entscheidung **BGHZ 173, 146 ff. – Trihotel** zieht der BGH in diesen Fällen **§ 826 BGB** als Anspruchsgrundlage heran.
- In der Fallgruppe der Existenzvernichtung wird eine **vorsätzliche sittenwidrige Schädigung** der Gläubiger der Gesellschaft unter **vier Voraussetzungen** indiziert:
  - (1) Insolvenz der Gesellschaft
  - (2) Eingriff des Gesellschafters
  - (3) Kausalität des Eingriff für die Insolvenz der Gesellschaft
  - (4) Vorwerfbarkeit des Eingriffs



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (3) Existenzvernichtung

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

###### (1) Insolvenz der Gesellschaft

Maßgeblich ist die materielle Insolvenz nach den §§ 17 ff. InsO.

###### (2) Eingriff des Gesellschafters

- Eingriffe sind nur gezielte **Maßnahmen zu betriebsfremden Zwecken**.
- I.d.R. handelt es sich um eine **kompensationslose Maßnahme**, die das Vermögen der Gesellschaft mindert.

###### (3) Kausalität des Eingriffs für die Insolvenz der Gesellschafter

Der Eingriff muss kausal für die Insolvenz der Gesellschaft sein. Eine bloße finanzielle Schwächung, die erst aufgrund des Hinzutretens anderer Umstände zur Insolvenz führt, genügt nicht.



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (3) Existenzvernichtung

Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

##### (4) Vorwerfbarkeit des Eingriffs

- Vorwerfbar ist der Eingriff, wenn er **ohne angemessene Rücksichtnahme auf die Zahlungsfähigkeit** der (i.d.R. abhängigen) Gesellschaft erfolgt.
  - Dies ist z. B. anzunehmen, wenn eine in der Krise befindliche Gesellschaft ein **Spekulationsgeschäft** eingehet.
- Hierzu ein provokantes **Beispiel**: Die GmbH hat ein **Restvermögen von 1.000 Euro** bei (noch) nicht fälligen Verbindlichkeiten von 50.000 Euro. Auf wessen Kosten wird spekuliert, wenn der Geschäftsführer die 1.000 Euro im Casino beim Roulette auf die Null setzt?



## III. Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft

### 2. Ausnahmen

#### c) Sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)

##### (3) Existenzvernichtung

- Liegen die Voraussetzungen vor, modifiziert die Rspr. seit **BGHZ 173, 146 ff.** – **Trihotel** die Rechtsfolge des **§ 826 BGB** zu einer bloßen **Innenhaftung** des Gesellschafters, d. h. der Schadensersatz ist in die Masse (Gesellschaftsvermögen) zu leisten.
- Diese Modifikation widerspricht zwar dem Wortlaut des § 826 BGB, steht aber **im Einklang mit der Systematik**, dass nahezu sämtliche Ansprüche im Kapitalgesellschaftsrecht (z. B. §§ 46 I 1, II, 62 I 1 AktG, §§ 9 I 1, 9a I 1, II, 31 I, 43 II GmbHG) nur die (Wieder-)Auffüllung des Gesellschaftsvermögens vorsehen.
- Daher können die Gläubiger nicht unmittelbar gegen den Gesellschafter vorgehen. Vielmehr hat der **Insolvenzverwalter** den Anspruch nach **§ 92 InsO** geltend zu machen mit der Folge, dass den Gläubigern die um den Schadensersatz **erhöhte Masse** zur Verfügung steht.



## Weiterführende Lesehinweise:

- BGHZ 95, 330 ff. – Autokran
- BGHZ 149, 10 ff. – Bremer Vulkan
- BGHZ 173, 146 ff. – Trihotel
- BGHZ 176, 204 ff. – Gamma
- *Habersack, Trihotel – Das Ende der Debatte? – Überlegungen zur Haftung für schädigende Einflussnahme im Aktien- und GmbH-Recht, ZGR 2008, 533 ff.*



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



**Univ.-Professor Dr. Timo Fest, LL.M. (Pennsylvania)**

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, DEUTSCHES UND  
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT

MAIL: [SEK.FEST@LAW.UNI-KIEL.DE](mailto:SEK.FEST@LAW.UNI-KIEL.DE)

AKTUELLE HINWEISE FINDEN SIE UNTER:

Homepage: <https://www.fest.jura.uni-kiel.de/de>

Facebook: <http://fb.me/LehrstuhlFest>

Twitter: [@FestTimo](https://twitter.com/@FestTimo)

